



Urteil vom 29. Mai 2012

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Hans Urech und Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Salim Rizvi.

Parteien

1. **Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, SRG SSR idée suisse**, Generaldirektion, Rechtsdienst, Giacomettistrasse 1, 3000 Bern 31,
2. **Union des Associations Européennes de Football (UEFA)**, 46, route de Genève, 1260 Nyon,
beide vertreten durch Advokat Pierre André Rosselet, ammann+rosselet rechtsanwälte, Trittligasse 30, Postfach 208, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

1. **SUISA Urheberrechtsverwertungsgesellschaft**, Bellariastrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,
2. **SSA Société Suisse des Auteurs**, Rue centrale 12-14, 1002 Lausanne,
3. **Suissimage Schweizerische Gesellschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken**, Neuengasse 23, 3001 Bern,
4. **Prolitteris Schweizerische Gesellschaft für literarische, dramatische und bildende Kunst**, Universitätsstrasse 96, 8033 Zürich,
5. **Swissperform**, Utoquai 43, Postfach 221, 8024 Zürich,
Nr. 1-5 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Willi Egloff, Zinggstrasse 16, 3007 Bern,

6. **ASCO Schweiz**, Blumenfeldstrasse 20, 8046 Zürich,
 7. **coiffureSUISSE Verband Schweizer Coiffeurgeschäfte**, Moserstrasse 52, Postfach 641, 3000 Bern 22,
 8. **CURAVIVA Verband Heime und Institutionen Schweiz**, Zieglerstrasse 53, Postfach 1003, 3008 Bern,
 9. **GastroSuisse**, Blumenfeldstrasse 20, 8046 Zürich,
 10. **gsk Gesellschaft Schweizerischer Kunsteisbahnen**, Ringstrasse 15, 8162 Steinmaur,
 11. **H+ Die Spitäler der Schweiz**, Lorrainestrasse 4A, 3013 Bern,
 12. **Schweizer Cafetier Verband**, Bleicherweg 54, 8002 Zürich,
 13. **Schweizer Detaillistenverband**, Burgerstrasse 22, 6003 Luzern,
 14. **Schweizerischer Fitness- und Gesundheits-Center Verband SFGV**, 3000 Bern,
 15. **Swiss Fashion Stores**, c/o KPMG AG, Hofgut, 3073 Gümligen,
- Beschwerdegegner/innen,

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,
Bundesrain 20, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2010 betreffend
den Gemeinsamen Tarif 3c [2011-2014] (GT 3c).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Vorinstanz) genehmigte mit Beschluss vom 16. Dezember 2010 den Gemeinsamen Tarif 3c (GT 3c) *Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ('Public Viewing')* (nachfolgend Beschluss vom 16. Dezember 2010) mit der Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2014.

B.

Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Beschwerde vom 7. April 2011, den Beschluss vom 16. Dezember 2010 aufzuheben.

C.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 28. April 2011 der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und mit Zwischenverfügung vom 8. Juli 2011 die Sistierung des Verfahrens – bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über den vor der Vorinstanz hängigen "Gemeinsamen Tarif 3c (GT 3c) betreffend Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ('Public Viewing') mit der Gültigkeitsdauer vom 1. Mai 2008 bis zum 31. Dezember 2010 (GT 3c [2008-2010]) – verfügt.

D.

Die Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 (konzessionierte Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte) haben mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 18. Mai 2011 beim Bundesgericht beantragt, dass die Zwischenverfügung vom 28. April 2011 aufzuheben und der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren sei.

E.

Das Bundesgericht ist mit Urteil vom 28. Mai 2011 nicht auf die Beschwerde eingetreten.

F.

Die Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 haben mit Stellungnahme vom 16. Juni 2011 beim Bundesverwaltungsgericht beantragt, dass das Verfahren nicht zu sistieren sei.

G.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 8. Juli 2011 wunschgemäss den Schweizerischen Versicherungsverband sowie den Schweizer Casino Verband vom Rubrum genommen und aus dem Verfahren entlassen. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in dieser Zwischenverfügung auch fest, dass das Beschwerdeverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des vor der Vorinstanz hängigen Verfahrens betreffend den Gemeinsamen Tarif 3c (2008-2011) weiterhin sistiert bleibt.

H.

Die Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 beantragten mit Gesuch vom 8. Dezember 2011, die Sistierung und der Entzug der aufschiebenden Wirkung seien aufzuheben, weil die Vorinstanz den GT 3c (2008-2010) am 21. Oktober 2011 genehmigt habe, der Beschluss in Rechtskraft erwachsen sei und sich durch eine Übereinstimmung mit dem rechtskräftig gewordenen GT 3c (2008-2010) der angefochtene Tarifwortlaut als angemessen erwiesen habe. Ferner sei mit der Beschwerde vom 7. April 2011 nur die Unterstellung des GT 3c (2010-2014) unter die Bundesaufsicht bestritten worden, obwohl das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid B-2346/2009 vom 21. Februar 2011, E. 5, die Unterstellung bejaht habe.

I.

Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Eingabe vom 6. Januar 2012, die Sistierung sei nicht aufzuheben und die Vorinstanz sei zu ersuchen, sich zur Frage einer Wiedererwägung vernehmen zu lassen. Ferner beantragten sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen. Eventualiter beantragten die Beschwerdeführerinnen sinngemäss, es seien auch nicht-monetäre Bedingungen, wie z.B. Verkaufskonzessionen, in den Tarif aufzunehmen. Nur durch die Aufnahme nicht-monetärer Bedingungen könne der Tarif als angemessen gelten.

J.

Die Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 sowie die Beschwerdegegnerin Nr. 9 beantragten mit Stellungnahme vom 2. März 2012, auf die Beschwerde nicht einzutreten.

K.

Das Bundesverwaltungsgericht hob mit Zwischenverfügung vom

13. Februar 2012 die Sistierung auf und entzog der Beschwerde gleichzeitig die aufschiebende Wirkung.

L.

Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Gesuch vom 11. April 2012, das Verfahren sei wegen neu aufgenommenen Vergleichsgespräche zu sistieren.

M.

Die Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 sowie die Beschwerdegenerin Nr. 9 beantragten mit Eingaben vom 30. April 2012, die Sistierung zwecks Vergleichsbesprächen nicht zu gewähren.

N.

Das Bundesverwaltungsgericht wies das Sistierungsgesuch mit Zwischenverfügung vom 1. Mai 2012 ab.

O.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2012 erklärte die Beschwerdeführerin Nr. 1 den Rückzug ihrer Beschwerde. Die Beschwerdeführerin Nr. 2 hielt ihre Beschwerde aufrecht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Beschluss vom 16. Dezember 2010 ist eine Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG (Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]), u.a. auch gegen Verfügungen, die von den eidgenössischen Kommissionen erlassen werden, wie der vorliegenden. Ein Ausnahmefall gemäss Art. 32 VwVG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

2.

2.1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist aufgrund ihrer Rückzugserklärung vom 16. Mai 2012 ohne Prüfung abzuschreiben.

2.2. Die Beschwerdeführerin Nr. 2 hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Änderung ein schutzwürdiges Interesse (vgl. BGE 135 II 172 E. 2 *Public viewing*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 GT 3c [2008-2010] E. 1 *Public viewing*), weshalb sie zur Beschwerde gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG legitimiert ist. Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen (Art. 48 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist damit einzutreten.

3.

Der Urheber hat nach Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Er hat das Recht, das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzutragen, aufzuführen, vorzuführen, anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG). Insbesondere hat der Urheber auch das Recht, zugänglich gemachte, gesendete und weitergesendete Werke wahrnehmbar zu machen (Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG). Die Rechte, gesendete Werke zeitgleich und unverändert wahrnehmbar zu machen oder im Rahmen der Weiterleitung eines Sendeprogrammes weiterzusenden, können nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 22 Abs. 1 URG). Die Beschwerdeführerin 2 bestreitet in diesem Zusammenhang mit ihrer Beschwerde einzig die Unterstellung der im GT 3c 'Public viewing' (2010-2014) geregelten Nutzungsweise unter die Bundesaufsicht nach Art. 22 Abs. 1 URG (E. 6), ohne daneben die Unangemessenheit des Tarifs im engeren Sinne (Art. 59 Abs. 1 URG) geltend zu machen.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Entscheid B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 (GT 3c 'Public Viewing' [2008-2010]), E. 5.6, ausführlich mit der Unterstellungsfrage auseinandergesetzt, namentlich ausgeführt:

Auch für das Bundesverwaltungsgericht lässt die gesetzliche Regelung keinen anderen Schluss zu. Das öffentliche Zeigen von Sendungen richtet sich zwar neben dem öffentlichen Auf- und Vorführen von Werken und neben der Sendeverbreitung an ein eigenes, zusätzliches Publikum. Es stellt damit, wie die Be-

schwerdeführerinnen zurecht geltend machen, eine eigene Nutzungsform dar (...). Diese Nutzung fällt jedoch unabhängig von ihrer Bedeutung für den entsprechenden Anlass und von der Publikums- oder Bildschirmgrösse unter Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG, da sie in jedem Fall getrennt von einem allfälligen Studiopublikum (Vorführung) sowie von den Fernsehabschreibenden und -abnehmenden (Sendung) erfolgt, ohne dass es für die Qualifikation dieses Publikums oder für dieses Getrenntsein darauf ankäme, welchen Einfluss der Werkgenuss auf die Entscheidung des Publikums nimmt, das Public Viewing zu besuchen. Die Vorinstanz legt überzeugend dar, dass diese Kriterien auch von der Länge der Bild-diagonale nicht beeinflusst werden. Gleichzeitig mit der gezeigten Sendung erbrachte Zweitleistungen haupt- oder nebensächlicher Natur sind stattdessen, ebenso wie geringere und grössere Teilnehmerzahlen, bei der Berechnung der Tarifentschädigung zu berücksichtigen, die sich in der Regel nach dem erzielten Ertrag richtet (Art. 60 Abs. 1 URG).

Es ist seit Jahrzehnten üblich, in Gaststätten und an öffentlichen Anlässen, wenn auch auf kleineren Bildschirmen, Sendungen zeitgleich und unverändert darzubieten. Darum darf angenommen werden, dass diese technische Nutzungsweise und ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten dem Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG im Jahre 1992, unabhängig von der Grösse der Bildschirmdiagonale, ausreichend bekannt waren. Der Gesetzgeber unterstellte das Wahrnehmbarmachen von Sendungen nicht etwa versehentlich, pauschal oder in Abhängigkeit von anderen Nutzungsformen der kollektiven Verwertung, sondern schuf dafür mit Art. 22 URG eine eigene Bestimmung. Allfällige Ausnahmen von der Kollektivverwertung, z.B. zugunsten von Vorführungen auf Grossbildschirmen, wären darum analog zu den Ausnahmen von Art. 22 Abs. 3 URG vom Gesetzgeber zu erlassen.

Das Argument der Beschwerdeführerinnen, die Verwertung der Public Viewing-Nutzung sei nicht der Bundesaufsicht zu unterstellen, da sie diese erwiesenermassen erfolgreich selber hätten tätigen können, verkennt, dass im Bereich der Urheberrechte unzählige Berechtigte von dieser Nutzung betroffen sind, sobald urheberrechtlich geschützte Werke in einer gezeigten Sendung enthalten sind, und auch viele (namentlich ausländische) Sendeunternehmen nicht in praktikabler Weise zur Eigenwahrnehmung ihrer Rechte fähig wären. Eine gewisse Solidarität unter den Rechteinhabern liegt insoweit im dem Wesen des Zwangs zur kollektiven Verwertung – unabhängig von der Möglichkeit Einzelner, ihre Rechte in der Praxis selber zu verwerten (...).

Hinzu kommt, dass Public Viewings nach der Terminologie von Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG, da sie definitionsgemäss nicht am Ort der Aufzeichnung der Sendung stattfinden, den dortigen Begriff der Vorführung im engeren Sinne gar nicht erfüllen. Auch unter dieser Bestimmung fielen sie unter das "anderswo Wahrnehmbarmachen" ("faire voir ou entendre", "far vedere o udire"), liessen sie sich also nicht mehr vom gleichlautenden Begriff des Wahrnehmbarmachens nach Art. 22 URG abgrenzen. Denn der Anwendungsbereich von Art. 22 URG nimmt das Teilrecht von Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG als solches nicht aus, wie die Beschwerdeführerinnen anzunehmen scheinen und in ihren späteren Rechtsschriften im Beschwerdeverfahren durch eine Abgrenzung verschiedener Arten des Wahrnehmbarmachens zu begründen versuchen, sondern beschränkt insgesamt

das Verwendungsrecht der Rechteinhaber/innen nach Art. 10 Abs. 1 URG. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen lässt sich aus den bundesrätlichen Gesetzesentwürfen, die nicht vom heutigen Wortlaut von Art. 22 URG ausgingen und welchen der Gesetzgeber im vorliegenden Punkt nicht gefolgt ist, schon deshalb nichts anderes ableiten, weil diese gar keine Beteiligung von Sendeunternehmen an einer kollektiven Verwertung einführen wollten (E. 5.4). Bei diesem Auslegungsergebnis handelt es sich entgegen der Ansicht in der Replik der Beschwerdeführerinnen nicht um eine restriktiven Kriterien unterstellte Enteignung, sondern um die ursprüngliche gesetzgeberische Ordnung absoluter Rechte und der dazu relativen Schranke der Kollektivverwertung. Auch das Argument der Beschwerdeführerinnen, es handle sich bei Public Viewing um eine Erstnutzung von Sendungen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Solche Sendungen stellten nichtdestotrotz zugleich eine Zweitnutzung darin enthaltener Werkvorträge sowie Ton- und Tonbildaufnahmen dar (...), dürfen aber deshalb nicht zugleich einer kollektiven und einer individuellen Verwertung unterstellt sein, da Sinn und Zweck der kollektiven Verwertung grundlegend widersprochen würde (...). Der Feststellung der Vorinstanz, Art. 37 URG gewähre für Sendeunternehmen kein Vorführrecht, ist darum insoweit zuzustimmen, als Sendungen überhaupt nur "anderswo" öffentlich vorgeführt werden können (oder wollen) und das Gesetz dafür konsequent den Begriff des Wahrnehmbarmachens verwendet, so dass ein Vorführrecht an Sendungen schon begrifflich ausscheidet.

Die Beschwerdeführerinnen haben hinsichtlich der Unterstellungsfrage für den GT 3c 'Public Viewing' (2010-2014) keine neuen Argumente vorgebracht. Für eine abweichende Beurteilung dieser Frage besteht daher kein Anlass.

5.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist damit ohne weitere Erörterungen abzuweisen.

6.

6.1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

6.2. Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2001 [VGKE, SR 173.320.2]). Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (BGE 135 II 182 E. 3.2 GT 3c), weshalb vor Bundesverwaltungsgericht ein Streitwert zu veranschlagen ist (Art. 4 VGKE).

6.3. Vorliegend ist in Anlehnung an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3246/2009, a.a.O., E. 8.1, von einem Streitwert von Fr. 300'000.00 auszugehen. Aufgrund dieses Streitwerts ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren von Verfahrenskosten von Fr. 12'000.00 auszugehen. Diese Kosten werden im Umfang von Fr. 9'000.00 der Beschwerdeführerin Nr. 2 auferlegt. Die verbleibenden Fr. 3'000.00 sind der Beschwerdeführerin Nr. 1 aufzuerlegen, weil der Beschwerderückzug zu einem äusserst späten Zeitpunkt erfolgte.

6.4. Eine Parteientschädigung ist den unterliegenden Beschwerdeparteien für die den obsiegenden Parteien aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Weil vorliegend keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Parteientschädigung vorliegend auf Grund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs.1 VGKE).

6.5. Angesichts qualifizierter Kenntnisse, wie sie das vorliegende Verfahren erforderte, ist von einem erhöhten Stundenansatz (Fr. 300.00) auszugehen (Art. 10 Abs. 3 VGKE).

6.6. Den Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 ist damit, aufgrund ihrer Aufwendungen im vorliegenden Verfahren, zulasten und unter solidarischer Haftbarkeit der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 12'900.00 zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 16. Mai 2012 geht an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

2.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 wird abgeschrieben.

3.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird abgewiesen.

4.

Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 12'000.00 werden im Umfang von Fr. 9'000.00 unter solidarischer Haftbarkeit den Beschwerdeführerinnen

nen Nr. 1 und 2 der Beschwerdeführerin 2 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die restlichen Fr. 3'000.00 werden unter solidarischer Haftbarkeit der Beschwerdeführerinnen Nr. 1 und 2 der Beschwerdeführerin 1 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Dieser Restbetrag in Höhe von Fr. 3'000.00 ist innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils mittels separat zugestelltem Einzahlungsschein zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

5.

Den Beschwerdegegnerinnen Nr. 1-5 wird zulasten und unter solidarischer Haftbarkeit der Beschwerdeführerinnen Nr. 1 und 2 eine Parteientschädigung von Fr. 12'900.00 (inkl. allfällige MWST) zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (mit Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular für Beschwerdeführerin Nr. 1)
- die Beschwerdegegner (mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. GT 3c [2011-2014]; mit Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Salim Rizvi

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 31. Mai 2012